

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS, brasileiro, casado, portador do RG nº 6.123.765, Procurador de Justiça, e IURICA TANIO OKUMURA, brasileira, casada, portadora do RG nº 5.297.482 , Procuradora de Justiça, vêm, em defesa das prerrogativas institucionais dos membros do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, à presença de Vossa Excelência com o intuito de postular pela instauração de PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO, c.c. RECLAMAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com vistas à apuração de vícios e irregularidades de decisão administrativa levada a efeito pelo CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO por ocasião da apreciação de RECURSO CONTRA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL, anexado aos autos do Inquérito Civil nº42.0663.0000004/10-0, protocolizado no colegiado sob nº 0033947/2010, e oriundo da *Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Rio Grande da Serra*, tudo com fundamento nos dispositivos dos *arts. 107 e seguintes, da Resolução 31/2008, que instituiu o Regimento Interno desse Colegiado*.

Sobre os Representantes

Os representantes integram os quadros do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, sendo o primeiro nomeado Procurador de Justiça com funções junto à *Procuradoria de Justiça dos Interesses Difusos e Coletivos*, enquanto a segunda nomeada, também Procuradora de Justiça, com atribuições junto à *Procuradoria de Justiça Criminal*, encontrando-se ambos afastados de suas normais atividades institucionais no momento em virtude do exercício de mandato junto ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, iniciado no mês de janeiro do ano em curso.

Sobre os Fatos

Conforme sabido, e à vista do quanto dispõe o *art. 108, da Lei Complementar Estadual nº 734/1993, Lei Orgânica Estadual do Ministério Público do Estado de São Paulo*, permite-se aos indiciados em inquéritos civis instaurados por órgãos de execução o manejo de recurso endereçado ao Conselho Superior com vistas à reavaliação da legalidade de sua instauração, realizando-se por seu intermédio, pois, o controle sobre aspectos meramente formais da atividade - fim desempenhada pelos colegas em geral, no tocante à atribuição relativa a tutela dos interesses difusos e coletivos.

Pois bem.

Em fevereiro do ano em curso, na *Comarca de Rio Grande da Serra*, pequena localidade situada na órbita do chamado Grande ABC, a colega SANDRA REIMBERG, operosa Promotora de Justiça titular, instaurou, nos termos do permissivo contido no *art. 129, III da Constituição Federal, c.c. o art.25, IV, b da Lei Federal nº 8.625/93, Procedimento Preparatório de Inquérito Civil*, visando à apuração dos termos do contrato de prestação de serviços celebrado entre a MUNICIPALIDADE DE

RIO GRANDE DA SERRA E DAL POZZO ADVOGADOS, esclarecendo na portaria inicial os motivos certos e determinados relacionados ao seguinte:

a.-) Plausibilidade do objeto, frente ao postulado da economicidade, haja vista a natureza dos serviços contratados e o fato de se constituírem rotina no âmbito das atividades da Procuradoria do Município, que, malgrado pequeno, contava com quase uma dezena de profissionais da advocacia ocupantes de cargos públicos específicos;

b.-) A prestação de contas justificadora dos pagamentos já despendidos com a contratação, com a finalidade de se averiguar a compatibilidade – não aparente – entre esses dois fatores.

Notificados os interessados, PREFEITO MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE DA SERRA, ADLER ALFREDO JARDIM TEIXEIRA, SEU SECRETÁRIO MUNICIPAL DE NEGÓCIOS JURÍDICOS, JOSÉ ALVES DE OLIVEIRA E O ADVOGADO ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, prestaram esclarecimentos entendidos convenientes, fazendo este último uso do meio de impugnação previsto pelo art. 108 da Lei Complementar Estadual nº 794/93, de modo a promover a interposição do **RECURSO CONTRA A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO CIVIL**, em cujas razões (fls. 457/469) ponderou:

a.-) Tratar-se de contratação regular, mediante licitação, e para prestação de serviços não coincidentes com atribuições atinentes aos procuradores municipais;

b.-) Atividade desenvolvida com a finalidade de prestação de consultoria jurídica em matéria de licitação, processo legislativo, e acompanhamento de procedimentos perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;

c.-) Que a medida do órgão de execução não teria justa causa plausível ante a plena regularidade formal do ajuste.

O caso, vale anotar, ganhou as páginas de jornal da Capital, haja vista o fato de o advogado sócio majoritário do escritório sob investigação já ter integrado o Ministério Público do Estado de São Paulo, galgando, ademais, as funções de Procurador Geral de Justiça no início dos anos noventa,

cuidando-se, dessarte, de hipótese cuja singularidade se vinculava ao anormal exame de situação envolvendo figura proeminente nos meios institucionais.

Indicado o relator para a matéria, no caso o primeiro signatário da presente – *Clilton Guimarães dos Santos* - a hipótese foi devidamente apreciada e levada a julgamento em Plenário, tal como dispõe o *art. 235, § 1º, II do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público*, quando então se propôs o desprovemento do recurso, em voto fundamentado (*fls. 540/541*), no qual se demonstrava a possibilidade jurídica da investigação, frente a possível lesão aos cofres públicos advinda da contratação, pois - em resumo -, cuidava-se de prestação de serviços já desempenhados por procuradores municipais existentes em número suficiente nos quadros da Municipalidade.

Nessa perspectiva, avaliado o caso sob os critérios tecnicamente plausíveis, isto é, a *ocorrência ou não de excesso de poder na condução do caso* – mesmo porque ao colegiado não compete o desempenho da atividade-fim em substituição ao órgão de execução -, o relator, e signatário da presente, rejeitou na hipótese qualquer abusividade na conduta da colega responsável pelo recenseamento dos fatos em testilha.

Iniciado o julgamento, votaram com o relator outros três conselheiros presentes, abortando-se o seguimento da apreciação do recurso em razão de *pedido de vista* formulado pelo *Conselheiro Sergio Prado*, ainda não armado de convicção qualquer sobre a hipótese e, em decorrência, carente de uma apreciação mais aprofundada do caso para externar sua opinião, agindo, pois, sob o respaldo da norma inserta na disposição do *art. 239, § 1º do Regimento Interno*.

Logo após a realização dessa sessão de julgamento, acontecida em data de 27 de maio do ano em curso, o órgão colegiado voltou a se reunir em dia de semana diverso do ordinariamente ajustado (quintas – feiras) segundo o disposto no *art. 22, § 1º, I do Regimento Interno*, mediante convocação atípica feita pelo Sr. Secretário do órgão, vindo esse novo encontro a acontecer em data de 02 de junho do ano em curso, véspera de feriado prolongado de *Corpus Cristi*, em horário diverso também do habitual, ou seja, pela manhã, ao qual compareceram os

integrantes que tinham condição de fazê-lo, mas com ausências importantes, como a do Corregedor – Geral, além de dois outros Conselheiros.

Iniciada a reunião, e malgrado sem previsão na pauta, destinada apenas à abertura de concursos de dois cargos no interior e julgamento de alguns procedimentos corriqueiros, o *Conselheiro Sergio Prado* anunciou já estar de posse do *voto-vista* relativo ao *caso Araldo*, que pretendia colocar, independentemente de pauta em julgamento, pretensão acolhida pelo Presidente e deixada para o momento azado da reunião.

No instante próprio à declaração de voto, e meditando acerca das repercussões de um julgamento realizado em data de reunião inusual, em horário distinto daquele padronizado em deliberação anterior do colegiado (reunião de 6/1/2010 – cf. cópia da ata anexa), o representante tomou a palavra pela ordem com a finalidade de tecer considerações, com as quais concitou os colegas de colegiado a não ignorarem aspectos particulares do caso, notadamente por envolver como provável indiciado a figura de ex – Procurador Geral de Justiça, tanto mais por se realizar desate do recurso com ausência de Conselheiros que sequer tinham ciência de sua colocação em pauta, e ainda por se pronunciar veredicto em dia anterior a feriado prolongado, circunstâncias muito favoráveis a um clima de desconfiança por parte da sociedade e da imprensa, dada a despicienda intransparência do ato, tudo soando quase inseqüente.

Foi então que os circunstantes, de modo surpreendente e incompreensível, voltaram-se em conjunto contra o representante, a quem se imputou o fato de não ter materializado seu voto de modo escrito na reunião precedente, ofendendo, assim, as prescrições regimentais, atribuindo-lhe, nessa medida – apenas em virtude de seu alerta -, o cometimento de *gravíssima irregularidade*, o que fez desnortear a discussão para esse aspecto. Embora fossem todos lembrados, notadamente o Sr. Secretário, DR. ANTONIO CARLOS DA PONTE, e o Sr. Presidente, Dr. FERNANDO GRELLA VIEIRA, Procurador-Geral de Justiça, de que assim se deu a oferta do voto na ocasião anterior por ausência de qualquer objeção deles ou de qualquer dos demais conselheiros, mesmo avisados da falta de voto escrito, a cristianização do

representante prosseguiu independentemente da evidente ausência de prejuízo decorrente do vício apontado, uma vez que em nada isso havia obstaculizado a compreensão do quadro retratado pelo procedimento por qualquer dos presentes. De modo indeciso, aliás, entre a convicção firme acerca da grave irregularidade, segundo juízo exposto da maioria, e a antagônica resistência à nulificação do procedimento a partir da sessão de julgamento inicial, tal como sugerido pelo relator e ora signatário, os demais conselheiros contentaram-se com transcrição do voto verbalizado, parecendo determinados a proceder de qualquer maneira o julgamento do caso.

Mas não foi o que aconteceu.

Uma vez *regularizados os autos*, como se fez questão de alardear, o Presidente, demitindo-se da aparente, e férrea, vontade anterior, fez encerrar a reunião, abortando de modo inesperado a sessão de julgamento, no intuito de realizá-la depois, malgrado frisando o fato de tomar aquela iniciativa não em razão da ponderação feita pelo representante de início, mas apenas por motivos outros, cuja natureza permaneceu desconhecida dos circunstantes, quem sabe apenas para não se trair a incoerência que distinguira as deliberações até então emanadas da direção dos trabalhos daquela manhã.

Os acontecimentos sublinhados na presente narrativa falam por si, à medida que sugerem uma prática desvirtuada da aconselhável no tocante a condução de situações do gênero, que não comportam para sua solução senão a prudência dos procedimentos ordinários e a transparência profilática da luz do sol, tanto mais quando a matéria guarda interesses de figura com dilatada proeminência interna, cuja confiança em alguns dos atuais integrantes do colegiado, aliás, fez deles seus assessores à época em que exercia as funções de chefe da instituição.

Como, todavia, a reflexão levou a maioria ao recuo nesse desiderato, deixando-se o caso para apreciação em circunstâncias normais, tudo pareceu se reinclinar para o terreno diverso daquele recusado pelo representante, retomando-se a trilha do convencional.

Na reunião ordinária subsequente, e - aí sim - pautada a matéria, o caso foi a novo julgamento pelo Plenário, já com a presença de todos os conselheiros, quando então o *Conselheiro Sergio Prado* expôs seu *voto-vista* (*fls. 543/551*), com o qual, ingressando a fundo no mérito da própria discussão subjacente ao tema do apuratório, militou em defesa dos investigados ao sopesar suas razões, ao aderir a elas, e, ainda, ao concluir pela condição teratológica do caso, de modo a lavrar conclusão em termos seguintes:

“Enfim, pelo que vem apontado de irregular na Portaria inaugural, impõe observar que, olhando adiante, uma ação civil pública que venha eventualmente a ser proposta com base na argumentação e nas argumentações trazidas no bojo deste procedimento apuratório de inquérito civil haverá que obrigar o Judiciário, a necessariamente, ponderar e analisar uma conduta administrativa adotada segundo critérios de oportunidade e conveniência do administrador.

Estar-se-ia, assim, a obrigar o Judiciário a invadir, em sua análise, espaço reservado à discricionariedade da Administração, e isso não lhe é possível fazer, na medida em que, como dito por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*, 15ª Edição, Atlas, pg. 210, *não pode o Poder Judiciário invadir espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente, com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto”*

Posto isso, e – enfatiza-se uma vez mais - com análise aprofundada do mérito da matéria, incluída aí visão distorcida sobre os próprios limites da discricionariedade no sistema jurídico atual, o colegiado consumou o julgamento, que, afinal, resultou favorável ao recurso do ex – Procurador Geral por sete votos a quatro, uma vez que a conselheira Vânia Ballera, mesmo tendo votado antes com o relator, voltou atrás, reviu a própria convicção, para aderir aos termos do voto – vista.

Dessarte, o Plenário do CSMP-SP *deu provimento ao recurso* para o fim de *trancar o inquérito civil*, castrar as prerrogativas institucionais de um de seus membros da ativa, retirando-lhe a possibilidade de investigar fato provavelmente lesivo ao erário, *dando ensejo, assim, à extraordinária ocorrência pela*

segunda vez desde a edição da Lei Complementar Estadual nº 734/93, e desconsiderando uma série de argumentos evidentes, e de um modo a, uma vez mais, cercar o episódio de ares carregados de uma rígida predisposição, além de que salpicados de uma inefável singularidade, haja vista a inusitada ocorrência de uma visita de inspeção por assessores da Corregedoria Geral junto à Promotora de Justiça responsável pelo caso, Dra. Sandra Reimberg, na mesma tarde do julgamento, sem razões ou motivos para – pelo menos – ser levada a efeito naquela mesma ocasião.

Esses fatos, como sói acontecer, repercutiram na imprensa, favorecendo interpretações negativas em relação à decisão do colegiado e, enfim, expondo desnecessariamente a instituição, sobremais porque, como se crê, houve sensível e indesejável excesso de exação, com comprometimento de garantias constitucionais dos órgãos de execução, fundamento, aliás, da presente irresignação, como adiante se pretende demonstrar.

Fundamentos Jurídicos da Representação

“Na época estreitamente ligado ao governo estadual, em prejuízo de sua independência institucional e funcional, o Ministério Público Paulista elaborou um projeto de lei complementar muito centralizador, que colocou em mãos do procurador – geral de Justiça poderes para propor(e, evidentemente, também para não propor, pelo Ministério Público) qualquer ação civil pública em defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativa, quando a responsabilidade pudesse ser imputada às maiores autoridades estaduais.

Mereceu severas críticas o projeto apresentado pelo então Procurador Geral de Justiça paulista à Assembléia Legislativa, com sérios vícios jurídicos e desvios políticos.”

HUGO NIGRO MAZZILLI

O texto epigrafado expressa a indignação de um dos mais reverenciados pensadores do Ministério Público, tanto nacional como internacionalmente, relativa ao projeto de lei encaminhado à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo pelo então Procurador Geral de Justiça, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, o qual, depois de aprovado redundou na edição da *Lei Complementar*

Estadual nº 734/93, ou seja, a Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo, ainda em vigor.

Trata-se de texto legal que concentra em seu interior vícios herdados de um período antidemocrático e, sobretudo, marcado por alentada promiscuidade política, com a qual desabridas demonstrações de desapareço à autonomia institucional se fizeram irremediavelmente presentes, com as conseqüências sobejamente conhecidas.

Nessa lei, afinal, é que se colhe o fundamento jurídico do recurso manejado pelo recorrente, mais precisamente por força do seu *art. 108, § 1º*, cuja disposição se revela alvo constante de críticas dado seu caráter inconciliável em relação, sobretudo, à garantia da independência funcional.

Sobre seu lastro jurídico-constitucional, aliás, o mesmo **HUGO NIGRO MAZZILLI**, em obra específica sobre o assunto¹, tece os seguintes e preciosos comentários:

“É ainda mais grave, porém, o segundo recurso instituído pelo art. 108 da Lei Complementar Estadual nº 734/93, até porque o legislador estadual pretendeu conferir-lhe inadmissível efeito suspensivo até seu julgamento pelo Conselho Superior. Estava claro que o objetivo da Lei Orgânica do Ministério Público era o de limitar a liberdade de ação dos órgãos de execução do Ministério Público.

É, pois, írrito o sistema de recursos no inquérito civil, criado pela lei estadual. Ainda que em tese pudesse o legislador estadual dispor sobre procedimentos, não está a disciplina do inquérito civil contida no objeto da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público. O objeto a esta reservado pela Constituição consiste apenas em dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público, e não em dar disciplina normativa ao inquérito civil. Muito menos o legislador estadual o poderia fazer, inovando e criando recursos destinados a obstar a instauração ou a tramitação de um procedimento já inteiramente criado e disciplinado por lei federal. Não poderia, pois, a lei paulista de organização do Ministério Público regulamentar o inquérito civil e apartar-se do modelo federal a respeito.”

¹ *O Inquérito Civil, Ed. Saraiva, pg. 288.*

Especificando melhor seu raciocínio, aprofunda o exame do dispositivo encarregado da disciplina do recurso em testilha², averbando o seguinte:

“O art. 108 da Lei Complementar Paulista nº 734/93 contém a mesma impropriedade que o faria uma lei estadual que estabelecesse recurso administrativo, ao alcance do réu, contra a requisição do inquérito policial ou até mesmo contra o oferecimento de denúncia criminal pelo promotor de Justiça, recurso esse dirigido ao procurador – geral de Justiça, ao Conselho Superior do Ministério Público, ao Conselho Superior do Ministério Público, ao Corregedor Geral ou ao Colégio de Procuradores de Justiça. Assim, antes de a requisição ser cumprida pelo Delegado de Polícia ou antes de a denúncia ser apreciada pelo Poder Judiciário, haveria um inadmissível controle hierárquico interno ou administrativo, com efeito suspensivo, contra ato praticado por agente público dotado de liberdade e independência funcionais, visando a atacar questões de oportunidade e conveniência do ato...”

Sem descurar da realidade, enfatiza-se o conhecimento de que, malgrado essa argumentação, a ofensa aos parâmetros constitucionais de regência do MINISTÉRIO PÚBLICO não foi ainda afirmada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, pois em curso neste instante – e sem desfecho - a ADI nº 1285/SP. A situação aqui relatada, porém, contempla mesmo assim aspectos cuja relevância suscita a revisão clamada a esse Sodalício, uma vez patente a necessidade de se oferecer contornos seguros e razoáveis à interpretação da hipótese, a fim de não se suprimir dos integrantes do MPSP a garantia da independência funcional, prezando-se, tanto quanto, pela correção jurídica e ética das deliberações dos órgãos superiores.

Sobre o Cabimento da Medida Pleiteada

Antes de ferir os pontos nodais da questão trazida à consideração, vale afirmar que o pronunciamento ora reclamado não virá de encontro ao estabelecido pelo dispositivo do art. 130-A da CF-88, nem ofende, tampouco, as

² *Op. Cit.*, pg. 288.

diretrizes pautadas pelo Enunciado 06-CNMP, pois a pretensão não é a de propor revisão de deliberação nascida do exercício de atividade-fim pura e simplesmente, mas, antes e ao revés, oportunizar a glosa sobre aspectos atinentes à sua legitimidade e legalidade ante a imperatividade de seus pressupostos.

Nessa conformidade, não se concentrando sobre o valor contencioso do decisório, entende-se perfeitamente dentro do círculo de atribuições desse órgão a revisão do ato administrativo em questão sob a ótica da possibilidade jurídica, do respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública e Institucionais, e tanto mais sob o ponto de vista da legalidade e da obediência aos limites objetivos do poder revisional do Conselho Superior quando aprecia matérias dessa natureza.

Note-se, afinal, que a decisão proferida pelo CSMP-SP no âmbito do recurso previsto pelo *art. 108, § da Lei Complementar Estadual nº 734/93* não há de ser cunhada senão como deliberação administrativa em que órgão prolator se dedica exclusivamente à realização de inspeção correcional sobre o órgão de execução, sem substituí-lo em seus misteres – como adiante será exposto –, de tal sorte a vir amparada a presente postulação no dispositivo do *art. 130-A, § 2º, II da Constituição Federal*, vazado em termos seguintes:

“§ 2º - Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

.....

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los, ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;”

Com fundamento no preceito constitucional sob exame é que se entende plausível o pleito relativo à instauração do procedimento visando ao CONTROLE ADMINISTRATIVO, na forma da disposição do art. 107 da Resolução nº 031/2008, tanto quanto para a RECLAMAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA

AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, na forma do disposto no art. 97 da mesma normativa, haja vista a convicção dos representantes sobre ter havido afronta aos princípios gerais da Administração Pública com conseqüente ofensa à independência funcional do órgão em questão e dos demais que atuam em procedimentos instaurados com a mesma finalidade.

Por isso se deseja inicialmente o recebimento da presente e sua regular tramitação, com designação de relator e, após, apreciação final pelo Pleno desse colegiado, à vista dos fundamentos técnicos que seguem.

Sobre os Vícios Formais da Decisão

Ilegalidade Manifesta.

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais criadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro.” (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”, ED. MALHEIROS, pg. 111)

Consigna-se inicialmente que a decisão administrativa em testilha deu-se em face de deliberação do órgão de execução no sentido de fazer uso do denominado PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO CIVIL, sem feições formais deste último, e cuja utilidade reside em instrumentalizar o prudente exame preliminar da questão pelo órgão de execução, quer averiguando detidamente as circunstâncias do fato a ser possivelmente apurado, quer buscando delimitar suas fronteiras exatas, ou ainda pré-avaliando a possibilidade técnica do ilícito.

Os fundamentos para sua instauração, vale dizer, se encontram no dispositivo do art. 2º, § 4º da Resolução nº 23 desse CNMP, permitido

para esses propósitos antes esclarecidos. No tocante à sua utilidade, vale dizer, afirma

HUGO NIGRO MAZZILLI:

“Se o promotor de Justiça, porém, tiver fundada dúvida sobre a presença de justa causa para a instauração do inquérito civil, nada impedirá que, antes de fazê-lo, tome uma ou outra providência imediata – como requisitar um documento, a cópia de um laudo, ou uma vistoria, ou colher por termo as declarações do denunciante – ou empreenda alguma outra medida análoga, dentro dos procedimentos de sua competência. À vista dessas peças de investigação, em seguida deliberará sobre se instaura ou não o inquérito civil – observando-se que, caso não o instaure, também se sujeitará ao controle pelo órgão colegiado competente...”³

Escusado lembrar, à vista do exposto, a distinção evidente entre o procedimento instaurado pelo órgão de execução e o inquérito civil, de natureza distinta e de existência dependente diretamente de justa causa que lhe dê suporte, haja vista a diversidade de seu objetivo, qual seja, a formação da convicção visando a propositura ou não da demanda coletiva⁴.

Vale colacionar, ilustrando o argumento, a opinião abalizada de **MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA**, lançada em termos seguintes:

“Nos termos do art. 106, § 1º da LOEMP-SP, o procedimento preparatório de Inquérito Civil será instaurado quando o órgão do Ministério Público necessitar de novos elementos para verificar se determinados fatos podem efetivamente ser tutelados pela Instituição, ou quando for incerta a respectiva autoria. Em outras palavras, havendo dúvida quanto à existência de legitimidade da Instituição para atuar em determinada hipótese (ou quando o autor do fato for desconhecido), poderá o órgão do Ministério Público instaurar procedimento preparatório visando a coleta de elementos necessários à formação de sua convicção. Teoricamente, portanto, o procedimento preparatório não é sucedâneo do Inquérito Civil, mas o antecede, como o próprio nome diz.”⁵

³ O INQUÉRITO CIVIL, ED. SARAIVA, pg. 138.

⁴ “O inquérito civil é uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje propositura de ação civil pública ou outra atuação a seu cargo, como a tomada de compromisso de ajustamento ou realização de audiências públicas e emissão de recomendação pelo Ministério Público.” (HUGO MAZZILLI – *Op. Cit.*, pg. 47).

⁵ AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INQUÉRITO CIVIL, ED. SARAIVA, pg. 116.

Inescondível, pois, a autonomia e fisionomia técnica distintas do procedimento preparatório frente ao inquérito civil, resumada em face disto a firme convicção sobre a possibilidade de que a instauração do primeiro não seja necessariamente vinculada à sua publicidade, tanto quanto o fato de não se referir obrigatoriamente a fato certo ou determinado – muitas vezes carente de margens definidas ou mesmo de existência indiciada -, sem embargo da importante consideração de tratar em boa parte dos casos de situações ilícitas meramente suspeitadas.

Esse conjunto de fatores, indubitavelmente, extrema as duas categorias jurídicas – inquérito civil e procedimento preparatório -, obstruindo, à força de evidências técnicas incontrastáveis, qualquer identidade ou aproximação que para ela pudesse propender.

Dito isso, é de se indagar: que gravame, afinal, pode decorrer do mero procedimento preparatório para qualquer particular eventualmente implicado nas circunstâncias sob preliminar averiguação? Se ainda pendentes de delimitação pormenorizada os fatos reputáveis ilícitos, como admitir o aguilhão jurídico sobre aqueles cuja condição de indiciado ainda não lhe fora posta aos ombros?

Daí advém, aliás sintomaticamente, que a natureza própria desse procedimento se indispõe juridicamente com qualquer medida visando a estancá-lo, ou evitá-lo, já por se tratar meramente da ante-sala de virtual providência investigatória, sendo essa razão pela qual o cuidadoso legislador estadual, mesmo prevendo-o entre as disposições do art. 106 da LOEMP-SP não se deu ao trabalho de lhe fazer referência ao aludir ao recurso contra a instauração de inquéritos civis.

Tal compreensão, é de se ver, atina com as diretrizes gerais sobre o assunto, e a tal ponto de tornar natural as observações doutrinárias a respeito, como, por exemplo, as lançadas por **MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA**:

“O segundo dos recursos encontra-se previsto no art. 108 da LOEMP-SP e cabe contra a decisão do órgão do Ministério Público que instaura o inquérito civil. Poderá recorrer da decisão mencionada apenas o investigado, que deverá fazê-lo no prazo de cinco dias, contados da ciência da instauração (cf. art. 108, 1º). Nos termos desse art. 108, o recurso será recebido no efeito suspensivo, ou seja, uma vez interposto impedirá a seqüência das investigações até o julgamento. Duas observações se fazem aqui importantes. A primeira delas é a de que o recurso só cabe contra a instauração de inquérito civil, e não se seu procedimento preparatório.”⁶

Aí está, afinal, a revelação por demais evidente de que a hipótese submetida à reavaliação do CSMP-SP pela via do recurso, *sequer deveria ter sido conhecida*, haja vista a manifesta ilegalidade do manejo da medida prevista pelo dispositivo do art. 108 da LOEMP-SP, cujo cabimento existiria apenas se – e somente se – em curso houvesse inquérito civil formalmente instaurado, fato incorrente até então.

O conhecimento da matéria, puro e simples, ante sua imprevisão normativa, *feriu temerariamente o princípio da legalidade*, tisonando o ato que lhe foi subsequente de uma ilegitimidade indiscutível.

Notoriamente - deve-se salientar -, o recurso administrativo em questão crava sobre o órgão de execução o peso de sua glosa, com efeitos jurídicos restritivos em relação ao exercício de suas atribuições e prerrogativas, somente se justificando, pois, na especialíssima situação legalmente prevista, sendo impróprio lhe dar extensão qualquer, sob pena de se violentar sem fundamento plausível, o estrutural preceito da *independência funcional*, tolhendo arbitrariamente prerrogativas indispensáveis à satisfação do interesse público.

Forjado sob berço espúrio da ilegalidade, como admitir o expediente do qual resultou o decisório administrativo sob exame?

A propósito, sem economia de expressões ou palavras, o texto constitucional prevê como fundamento da atividade administrativa a

⁶ *Op. Cit.*, pg. 122

legalidade de seus atos, e o fez o constituinte no dispositivo do art. 37 da CF-88 por motivos pedagogicamente clarificados por **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**:

“Esse é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio d supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade, específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquele que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito, é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”⁷

A negligência em relação ao princípio vicia o ato em questão, tanto mais porque por esta via se deu curso à violação à legítima prerrogativa do órgão de execução em perscrutar fatos em busca de convicção sobre virtual ilicitude, impondo-lhe solução supressiva de sua liberdade de convicção e, enfim, restringindo direitos imprescindíveis ao eficaz exercício de suas funções.

Portanto, *sem lei específica*, como permiti-lo?

Mostra-se oportuno salientar que o recurso em questão *só cabe em face de inquérito civil*, pois apenas instaurável este frente a provável ilicitude da conduta, agindo seu normal desdobramento como fator aflitivo para o indiciado nas situações de desvio ou abuso de poder, ou , enfim, ante qualquer motivo capaz de depor em favor da ausência de justa causa para a medida, servindo ele então ao propósito estrito – e correccional – de reavaliar os eventuais e bissextamente vislumbrados distúrbios funcionais em situações do gênero.

Seu pressuposto, então, se liga à atividade ministerial desempenhada pelo órgão de execução ao dar início à investigação, uma vez dela proveniente – e só dela – o provável ônus pessoal para o investigado, situação

⁷ CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, ED. MALHEIROS, pg. 99/100.

de todo ausente no procedimento preparatório, vocacionado à avaliação prefacial da conjuntura dos fatos, isenta, ainda, de qualquer convicção a respeito, e na qual, sublinhe-se em arremate, não só *inexiste qualquer atitude constrictiva de direitos, como também qualquer atividade tendente a essa possibilidade.*

Por tais e inolvidáveis motivos é que os representantes sustentam a ilegalidade na admissão do recurso, com sacrifício evidente aos termos da ordem jurídica, resultado incompatível, ao quanto parece, com aquele a ser perseguido por órgão dirigente de instituição vocacionada à defesa da ordem jurídica⁸ (art. 127, CF-88), tornando-se, assim, intolerável a decisão, uma vez concretizada por meio de instrumento processualmente incompatível com seu desiderato.

Mas o flagelo aos princípios constitucionais, infelizmente, é igualmente constatável em outro quadrante do caso, onde se vislumbra visível violação ao postulado da impessoalidade, como a seguir se expõe.

Sobre a violação ao princípio da Impessoalidade.

“A essência do regime político republicano encontra-se na distinção entre o interesse próprio de cada um em particular e o bem comum de todos, com a exigência de que este se sobreponha sempre àquele. Os indivíduos podem viver isoladamente em função de seu interesse particular. É a idéia expressa pelos pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, com a fórmula do estado da natureza. Mas a convivência política exige o respeito superior ao interesse de todos os membros do grupo social (estado civil).

.....

⁸“Como já foi dito, a Constituição alargou consideravelmente as funções do Ministério Público...No essencial, sua função primordial permanece sendo velar e fazer velar pela observância da lei. Assim é mesmo quando a Constituição lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tudo isso se resume na sua finalidade de prover sobre a exata observância do direito objetivo, incluindo a Constituição.” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO”, ED. MALHEIROS, pg. 594).

A segunda instituição fundamental do regime republicano é a abolição de todo e qualquer privilégio” (FÁBIO KONDER COMPARATTO – “ÉTICA”, ED. SARAIVA, pg.624)

Segundo se sabe, a impessoalidade, no sentido oferecido por CIRNE LIMA, ou seja, a da *ausência de qualquer subjetividade*⁹, converteu-se em princípio norteador da atividade administrativa, como fundamento da necessidade de igualdade de todos perante a administração. Acerca desse aspecto, aliás, são precisos os esclarecimentos trazidos por ODETE MEDAUAR:

“Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais.”¹⁰

E, realmente.

Inegável que a manifestação do preceito no âmbito do processo administrativo se dá pela via da obrigatoriedade de se evitar a participação ou a deliberação oriunda de agentes públicos cuja relação com os interessados possa de algum modo perturbar o devido processo legal, seja sob a ótica estritamente processual ou substancial¹¹.

Segue daí, aliás, que também no *processo administrativo atual*, por força do disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal, princípios inerentes ao *due process*, comuníssimos ao processo civil e penal, também devem ser exigidos, tal como o da *imparcialidade*, ressaltando ADA PELLEGRINI GRINOVER, sobre o assunto, o seguinte:

⁹ Citado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”, ED. FORENSE, fls. 104.

¹⁰ DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO, ED. RT, pg. 127.

¹¹ “O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que a manifestação da cláusula do *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora o denominando de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade.” (NELSON NERY JR., PRINCÍPIOS DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ED. RT, pg. 82).

“Assim, as garantias constitucionais do processo desdobram-se hoje em três planos (a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e o não penal; (b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange todas as pessoas objeto da acusação; (c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. E por litigantes devem ser entendidos os titulares de interesses em conflito. É o que já vinha afirmando em estudos anteriores.

.....

Da administração há que se exigir, se não imparcialidade, quando menos o atributo da impessoalidade, para que o resultado da atividade estatal não acabe redundando em desvio de poder e de finalidade.¹²

Nesse propósito, aliás, é que a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais obriga os órgãos de execução a declinar do exercício de suas atribuições quando facearem circunstâncias nas quais sua atividade se contamine por ressentimentos, ódios, amizades, simpatias etc., garantindo assim a equidistância indispensável à correção de seus gestos e atitudes. Fala-se aqui, a evidência, do disposto no *art. 43, VII da Lei Federal nº 8.625/93*, segundo o qual há uma *incumbência ético-moral dos órgãos da instituição em se declararem impedidos ou suspeitos quando for o caso*. A propósito, sem abandonar essa linha, o próprio *Regimento Interno do CSMP-SP* faz referência a impedimentos de seus membros no dispositivo do *art. 232*, sem embargo, claro, de sua ocorrência em hipótese similares.

De outra parte, situações geradoras de uma hipótese ou outra, afinal, deverão medir-se pelas regras suplementares dos Códigos de Processo Penal ou de Processo Civil, conforme o caso, que balizam a matéria inapelavelmente¹³, cumprindo a este último propiciar as regras relativas a hipóteses como a presente, por meio do dispositivo de seus arts. 135 e 138.

¹² “PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO NO QUADRO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS”, trabalho inserto na obra “ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL”, ED. MALHEIROS, pg. 172.

¹³ MINISTÉRIO PÚBLICO – ORGANIZAÇÃO, ATRIBUIÇÕES E REGIME JURÍDICO, EMERSON GARCIA, ED. LUMEN JURIS, pg. 524.

Se indubitosa a incidência das disposições aludidas, vale lembrar que o dispositivo do art. 135 do Código de Processo Civil assim trata a matéria atinente à suspeição:

“Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

Visto o teor da disposição de caráter processual, aplicável – diga-se de passagem – suplementarmente ao procedimento examinado, é de se lembrar que seus fins são claramente postos em favor da impessoalidade e imparcialidade do juiz, ou, no caso, de quem lhe faça às vezes no âmbito do processo administrativo, circunstância sobre a qual soa inexcusável o escólio de **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, lançado em termos seguintes:

“A abstração feita para entender que é o Estado quem exerce a jurisdição, embora os atos desse exercício sejam materialmente realizados pelos juízes, tem por corolário imediato a conotação de impessoalidade, que qualifica a atuação destes. O juiz não é sujeito do processo em nome próprio: ele ocupa lugar do mais importante dos sujeitos processuais, que é o Estado. Não atua em função de seus interesses, ou de seus escopos pessoais, mas do escopos que motivam o Estado a assumir função jurisdicional.

.....

O Estado-de-direito atua, inclusive, *sub specie jurisdictionis*, com obediência às regras e princípios de justiça que ele mesmo consagrou em fórmulas na Constituição e na lei, sendo inadmissível que um agente seu, mero ocupante passageiro de um cargo, pudesse sobrepor seus sentimentos ou seus próprios interesses a esses critérios objetivamente estabelecidos, de forma legítima e impessoal.”¹⁴

Posto isso, passa-se a inevitáveis e seguintes considerações.

A questão trazida ao conhecimento desse douto colegiado quadra-se em estrutura inseparável de seu personagem principal, o Dr. ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, hoje abancado como advogado de renome mas que em passado recente construiu fama e notoriedade como prócer do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, onde foi dirigente de classe por período acentuado, chegando depois ao posto principal da carreira, ou seja, o de PROCURADOR – GERAL DE JUSTIÇA, isso após relevante empenho no plano nacional quando da *Assembléia Nacional Constituinte de 1.986*, graças ao que angariou respeitabilidade nacional no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais.

Cá, neste Estado, encabeçou grupo interno que por décadas dirigiu a instituição, semeando inclusive lideranças, depois transpostas à cena política estadual e nacional, o que, inclusive, o levou ao exercício de cargos relevantes na Administração Pública de São Paulo, ao nível de Secretaria de Estado, onde projetou-se igualmente com a força e energia próprias de sua elevada capacidade e indiscutível preparo pessoal.

Tudo isso, no entanto, foi insuficiente para romper seus vínculos pessoais e, sem exagero, sentimentais com a carreira que desempenhou papel seminal em sua formação profissional, sendo essa, acredita-se, a parte fundamental de seu *curriculum vitae*, exibida como um galardão no site de seu atual escritório de advocacia. Ali ou em outros sítios, por sinal, registram-se ainda seus

¹⁴ INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, ED. MALHEIROS, VOL. I, pg. 336/337

escritos, alguns dos quais dirigidos aos ex-colegas de instituição, mesmo em forma de aconselhamento, por insopitável espírito fraternal de classe ou por homenagem ao universo institucional do qual jamais tivera – quiçá – a mais leve intenção de se divorciar em espírito, pelo menos.

Não seria para menos, aliás; acrescente-se o caráter público e notório do fato de que quando na carreira fez amigos, conquistou aliados, perpetuou respeitabilidade e admiração de muitos que hoje ainda nela se encontram em diversas posições.

Testemunho eloqüente dessa realidade, por sinal, provém de artigo divulgado por um periódico eletrônico,¹⁵ por meio do qual a intimidade dessas relações lhe permitiu dar um conselho aos ex-colegas a propósito da fiscalização do nepotismo em Prefeituras e Câmaras de Vereadores. Propôs que refletissem sobre o caráter temporário dos mandatos políticos e das nomeações que seus titulares fazem, assim como sobre o fato de depender a eleição do Prefeito e do Vereador “... de voto e o voto depende, necessariamente, de estreitas vinculações políticas e, pois, pessoais”, preconizando ao final que o Ministério Público atuasse “adequando os conceitos jurídicos à realidade e às particularidades do Poder Executivo”.

O raciocínio por ele desenvolvido nesse afamado ensaio é de clareza solar, qual seja, no que tange à impessoalidade, há de se considerar a indispensável adaptação desse postulado à situação especial da nomeação para cargos em comissão, pois, realmente:

“(a) se o art. 37, II da Constituição Federal prevê a possibilidade de nomeações diretas “para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” e

¹⁵ Cf. *O nepotismo no Poder Executivo*, 23.4.208, In:

http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?cod=59021

(b) se a nomeação é livre por definição constitucional, não cabe falar aqui em impessoalidade *quanto ao critério de nomeação*, o que seria evidente paradoxo: como agente político poderia *nomear livremente* e ao mesmo tempo realizar uma *nomeação impessoal*?

A única nomeação verdadeiramente impessoal é a que decorre do concurso público.

A propósito, há que se trazer à colação outra questão jurídica que aqui se torna relevante: o nosso ordenamento jurídico, de uma forma geral, trata o *amigo íntimo* e o *parente* de maneira muito semelhante, seja quanto ao impedimento e a suspeição do juiz (CPC - art. 134, IV e V e art. 135, I, respectivamente); seja quanto às testemunhas, pois quanto a elas também ocorre impedimento (CPC, art. 405, § 2º, I) e suspeição (*idem*, § 3º, III), ficando ambas isentas de prestar compromisso de dizer a verdade (*ibidem*, § 4º)¹⁶.

Ora, porque, então, o ordenamento jurídico iria tratar de maneira tão diferente o *parente* e o *amigo íntimo*, quando se trata de (livre) nomeação para cargo em comissão (isto é, permitindo a nomeação do amigo íntimo e impedindo a do parente)? Ainda mais quando se considera que no âmbito do Poder Executivo a questão da amizade, do sectarismo, do partidarismo tem influência decisiva? “

Importa fazer notar, malgrado a obviedade, que esse não é texto de um noviço. Ao contrário: é obra de maturidade de um profissional experiente. Como divulga no sítio eletrônico do seu escritório de advocacia,¹⁷ tal como já se enfatizou, o autor exerceu, entre outros, os cargos de Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo nos biênios 1990/1992 e 1992/1994, Presidente da Associação Paulista do Ministério Público nos biênios 1986/1988 e 1988/1990, Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público - CONAMP nos biênios 1987/1989 e 1989, Presidente do Conselho Superior do Ministério Público nos biênios 1990/1992 e 1992/1994, Presidente do Colégio de Procuradores de Justiça nos biênios 1990/1992 e 1992/1994, Presidente da Comissão de Ingresso à Carreira do Ministério Público, de

¹⁶ Os motivos de impedimento e de suspeição se aplicam, dentro de certas circunstâncias, ao órgão do Ministério Público e, ainda, a peritos, serventários de justiça e ao intérprete (art. 138 do CPC).

¹⁷ <http://www.dalpozzo.com.br/Home.aspx?Lang=1&Secao=3>. Acesso em 11 de julho de 2010.

1990 a 1994, Secretário de Estado da Secretaria de Administração e Modernização do Serviço Público de janeiro a maio de 1994.

Ao quanto é permitido inferir, resta explícito no escrito em foco que o ilustre advogado, após ter acumulado vasta experiência em postos de comando no Ministério Público de São Paulo, em associações de classe e no Poder Executivo, é cético quanto à possibilidade, e nega o dever de que os princípios éticos do art. 37 da Constituição Federal sejam plenamente respeitados no Poder Público. Segundo seu ponto de vista:

- a) entende que, em matéria de impessoalidade assim como de isenção, não há diferença relevante entre amigos íntimos e parentes;
- b) dá por demonstrado que “no âmbito do Poder Executivo a questão da amizade, do sectarismo, do partidarismo tem influência decisiva”;
- c) tem uma visão pessimista quanto à possibilidade de que um agente político consiga agir de modo verdadeiramente impessoal quando tenha liberdade de escolha; e
- d) sugere que o Ministério Público adapte o princípio constitucional a essa realidade política.

Professando esse credo, rejeitado, por sinal, pelo STF,¹⁸ não admira que nesse tema o ilustre advogado e o Ministro CELSO DE MELLO parecem estar em campos ideológicos inteiramente opostos, pois o decano do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não vê motivo para criar distinções, alçando a primeiro plano “os princípios éticos e o próprio espírito que informam e dão sentido e razão à Lei Fundamental do Estado”, além de enfatizar “o alto significado que o princípio da moralidade assume em nosso sistema constitucional” o que o situa como “pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridade ou órgãos do Poder Público” — e isto “qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência”.¹⁹

¹⁸ Cf. Súmula Vinculante nº 13; também: Pleno, ADC 12/DF, j. 20/08/2008, Rel. Min. Carlos Britto, RT 893/133-149.

¹⁹ Cf. voto declarado na ADC 12/DF, j. 20/08/2008, RT 893/133-149. Também: Pleno, ADI 2661 MC/MA, j. 05/06/2002, voto como Relator.

Mas, à parte a distinção de concepções, o fato é que de qualquer modo o ensaio em referência atina com sua estreita e espiritual ligação com sua classe de origem, cuja estatura constitucional e legal é para o DR. ANTONIO ARALDO parte relevante de seus feitos quando revestido da condição de uma das principais lideranças institucionais, orgulhando-se – com justiça, aliás - de ter contribuído decisivamente para ela com idéias e atuação nos bastidores, em detrimento de grupos de pressão aos quais se opunha no Congresso Constituinte.²⁰

E, vale dizer, na avaliação que faz de sua extraordinária importância para a Instituição, como seria lícito conceber, é claro que ele não está só. Por exemplo, WALTER PAULO SABELLA, que foi SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA por escolha do DR. FERNANDO GRELLA VIEIRA, atual PROCURADOR – GERAL DE JUSTIÇA, declarou ao *Jornal Carta Forense*, edição de terça-feira, 1 de julho de 2008:

“Durante os vinte meses de duração dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, fomos quatro a permanecer ininterruptamente dentro do Congresso: **o Presidente Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, indiscutivelmente o grande líder dessa campanha memorável, numa expressão dos afeitos à cultura americana, eu diria "o número um", bom planejador, habilidoso e entregue à causa de corpo e alma;** eu, que na época era Secretário-Geral e Tesoureiro da Confederação Nacional, além de Vice-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público; José Emmanoel Burle Filho, escolhido pelo Conselho Superior do Ministério Público Paulista para integrar esse grupo, e Elza Lugon, Presidente da Associação do Ministério Público do Distrito Federal. Na verdade, era mais que um plantão; a palavra plantão pode não traduzir toda a intensa agitação cotidiana desses vinte meses. Não raro, permanecíamos dentro do Congresso desde o período da manhã até altas horas da noite. Depois disso, algumas vezes, ainda passávamos a noite em claro, no hotel, preparando emendas e justificativas para o dia seguinte.”

Inevitável concluir, ao cabo de tantas evidências, que de antigos colegas o DR. ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO guarda ainda o penhor de uma nobilíssima admiração e de um afeto que não se encerra, tão elevados em substância que, ao arrepio da usual prudência e da tradição de austeridade dos paulistas, é um caso, talvez *único*, em que o MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

²⁰ Cf. a entrevista que o Dr. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo concedeu ao Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul – anexa.

concedeu a um advogado a singular e subida homenagem de ver o próprio nome atribuído a uma repartição pública; ainda em vida, sublinhe-se. Nesse sentido, esclarece-se, como símbolo muito expressivo do seu enorme prestígio, um auditório da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO carrega seu nome há pelo menos cinco anos,²¹ bem antes de completar a idade mínima em que uma lei estadual admite essa forma de culto a pessoas vivas.²²

Essa homenagem, per se, revela que não é visto, pelos antigos colegas, como uma pessoa qualquer, mas como alguém que o MP-SP deve reverenciar para sempre. Naturalmente, não são poucos os colegas com os quais estabeleceu “estreitas vinculações políticas e, pois, pessoais”²³ no auge de sua liderança, quando disputava votos e tinha poder de nomeação, exercido, ao menos presumivelmente, com liberdade amplíssima, já porque, afinal, ele mesmo diz que a verdadeira impessoalidade não é exigível dos que para administrar mantêm em torno de si profissionais de sua confiança. E, como adverte, isso torna inviável que uns sejam e pareçam verdadeiramente isentos em relação aos outros, à semelhança do que ocorre entre parentes próximos.

De fato, o homem comum não espera nem acredita que haja a necessária isenção entre pessoas próximas pela militância política e que se devotam afeição recíproca.

A propósito, o enorme constrangimento que a afeição recíproca cria foi bem realçada pelo ilustre Professor FÁBIO KONDER COMPARATO em testemunho sobre o *Ministro Evandro Lins e Silva*: “Não esperem de mim nenhuma objetividade. As pessoas que mais admiramos e amamos, como é o caso para mim do querido tio Evandro, vivem dentro de nós, fazem parte, por assim dizer,

²¹ Cf. o documento anexo e a informação contida nesta página: http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/Corrupcao_Poderes_Exec_Leg_jun.htm

²² O art. 1º, inciso I, da Lei Estadual nº 1.284, de 18 de abril de 1977, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei nº 8.118, de 30 de outubro de 1992, diz que a prédios, rodovias e repartições públicas estaduais somente poderão ser atribuídos nomes de pessoa falecida ou que tenha mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

²³ São expressões dele mesmo, usadas no artigo já citado.

de nosso mundo interior. Não se pode, portanto, apreciá-las com o devido distanciamento crítico”.²⁴

É nesse contexto que se deve examinar a vitória raríssima obtida no recurso interposto no interesse pessoal de advogado tão ilustre, de prestígio singular, com tantos amigos no MP-SP, dentre eles alguns que, como integrantes do *Conselho Superior*, acolheram sua súplica. Não é ocioso lembrar, por sinal, que em quase duas décadas de vigência do recurso que o beneficiou — *instituído, aliás, em lei de sua iniciativa* —, o trancamento de uma investigação pelo Conselho Superior somente ocorrera em um caso absolutamente excepcional, no qual se entendera não ter cabimento investigar alguém que na condição de religioso acabou por manifestar, em entrevista, opinião pessoal sobre tratar-se de doença o homossexualismo.

Não se pretende discutir aqui o mérito da deliberação, mesmo porque é pacífica a tese segundo a qual, assim como não compete ao CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) rever o conteúdo de atos judiciais, não cabe ao CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO a revisão dos atos praticados no desempenho da atividade-fim do Ministério Público, inclusive os relativos à atuação extrajudicial.²⁵ Mas, obviamente, uma coisa é o julgamento de recurso contra a instauração de inquérito civil e outra, o ato administrativo correlato ou de caráter preparatório que essa atividade-fim pressupõe, ou seja, a convocação e a composição, em determinado julgamento, de um órgão colegiado, providências que devem ser realizadas de acordo com os princípios gerais da atividade administrativa, definidos no art. 37 da Constituição Federal e cuja observância está sob a fiscalização desse sodalício.²⁶

²⁴ Cf. a conferência reproduzida no sítio da Academia Brasileira de Letras e disponível nesta página: <http://www.academia.org.br/abl/media/evandro6.pdf>.

²⁵ Essa orientação, que preserva a independência funcional, foi cristalizada no Enunciado nº 6, de 28 de abril de 2009, com o seguinte teor: “Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, §2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição.”

²⁶ Constituição Federal, art. 130, § 2º, caput e inciso II.

Sendo assim, consigna-se que o núcleo da pretensão dos representantes condiz com questão prévia à deliberação, relacionada ao *indeclinável dever funcional de abstenção* imposto aos membros ocupantes de quaisquer postos na carreira quando chamados a atuar em hipótese na qual não reúnam o pressuposto ético-jurídico da isenção.

Dessarte, os signatários firmam, respeitosamente, posição segundo a qual a decisão proferida no recurso em referência padece o mal da nulidade insanável, haja vista a contribuição dada para sua constituição pelo Presidente do CSMP-SP, e PGJ, DR. FERNANDO GRELLA VIEIRA, assim como pelo DR. ANTONIO DE PÁDUA BERTONE PEREIRA, também CORREGEDOR GERAL DO MP-SP, e pelo DR. DRAUSIO LÚCIO BARRETO, todos com notórios vínculos de afeto e admiração para com o recorrente, de cuja confiança gozaram, de quem, ainda, o primeiro e o último foram assessores, e o segundo, companheiro de diretoria na ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Afirma-se que, mesmo inconscientemente, as relações mantidas entre todos eles, estruturadas ao longo de intensa luta político-institucional, os tornaram reféns e tributários de uma recíproca e insopitável admiração, e de um incomensurável respeito, sentimentos cuja dimensão transcende muitas vezes qualquer possibilidade de resistência psíquica, obstruindo à larga as possibilidades de juízos à margem de qualquer afetividade.

Esses vínculos inquebrantáveis, aliás, freqüentemente perturbam a visão sobre os fatos, obinubilam consciências mais atentas, criando uma atmosfera perturbadora do distanciamento recomendável para a análise de questões capazes de porem em risco juízos tão nobremente formulados, disso advindo, talvez, o desfecho dado à matéria controvertida. Quiçá, se normal seria a rejeição íntima à mácula sobre a figura heróica do prestigioso advogado e ex-colega, ex-superior, fizeram mais, abortando de logo qualquer mínimo fio de mera suspeita sobre a empresa de advocacia por ele comandada.

E muitos fatos depõem em favor dessa circunstância, tanto assim que no dia 10 de janeiro de 2007, em seu discurso de posse no primeiro mandato como CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (biênio 2007/2008), disse o DR. ANTONIO DE PÁDUA BERTONE PEREIRA:

Honra-me sobremaneira ter recebido de meus pares da segunda Instância do Ministério Público, por expressiva votação, a incumbência de exercer a Corregedoria-Geral no biênio 2007/2008.

Por outro lado, **não me sentiria bem se não aproveitasse o momento para lembrar e homenagear expressivos membros do Ministério Público que tiveram grande influência em minha vida institucional, entre eles** os drs. Rubens Teixeira Scavone, Silvio de Toledo e Durval Cintra Carneiro, cultos componentes de minha banca de concurso ao lado do advogado e posteriormente Desembargador dr. Luiz Carlos de Azevedo, dr. Arthur Cogan, meu eterno Corregedor, dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga, dileto e leal amigo, Tilene Almeida de Moraes, a mais dedicada ao Ministério Público que vi, e **Antonio Araldo Dal Pozzo, talvez o principal mentor dos avanços institucionais.**²⁷

Também o DR. FERNANDO GRELLA VIEIRA, no dia 28 de novembro de 2008, em sessão solene da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO, resumiu em seu discurso a natureza do laço que o une ao recorrente, fazendo-lhe saudação especial assim reproduzida neste trecho:

“O SR. FERNANDO GRELLA VIEIRA - Exmo. Sr. Dr. Fernando Capez, ilustre deputado estadual e presidente desta sessão, na pessoa de quem peço licença para cumprimentar todos os demais deputados integrantes desta Casa; Exmo. Sr. Dr. Luis Antonio Guimarães Marrey, DD Secretário de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania, neste ato representando o Sr. Governador do Estado José Serra; Exmo. Sr. Dr. Antonio Ferreira Pinto, DD Secretário de Estado da Administração Penitenciária; Exmo. Sr. Dr. Washington Epaminondas Medeiros Barra, DD Procurador de Justiça e presidente da nossa Associação Paulista do Ministério Público; Exmo. Sr. Dr. João Lopes Guimarães, ex-presidente da Associação Paulista do Ministério Público; **Exmo. Sr. Dr. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, ex-procurador-geral e ex-presidente da Associação Paulista do Ministério Público, de quem tive a honra de ser assessor;**²⁸”

Induvidoso, então o que esses membros natos pensam e dizem e reputam méritos incomuns do ex-PGJ, sobretudo por o fazerem publicamente. O problema é que esses vínculos pessoais cá em São Paulo são notórios, não se dando conta eles de que, *a despeito da honradez inquestionável que têm, não é*

²⁷ http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=4&subsecao=0&con_id=4975

²⁸Cf. http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/integra_sessao/056aSS081128.htm

possível aparentarem a completa isenção para o julgamento de recurso no qual o interessado era o amigo e objeto de tamanha admiração.

Daí, afinal, os indícios capazes de suscitar questionamento acerca da isenção por eles guardada na ocasião do julgamento, tudo conspirando em favor da crença de vínculos íntimos de respeito e admiração capazes de comprometer a justa expectativa de uma decisão calcada, sobremais – para que o procedimento a legitimasse – no distanciamento imprescindível dos julgadores.

Focalizando essa questão, vale acrescentar, lecionou PONTES DE MIRANDA:

“Íntima diz-se a amizade quando há laços afetivos, notórios ou não, mas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não”.²⁹

No mesmo sentido a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI:

“Não é qualquer amizade, mas sim a que se revista do caráter de intimidade. Esta se revela pela convivência freqüente, familiaridade no tratamento, prestação repetida de obséquios e outras manifestações exteriores de acentuada estima”;³⁰

Ao se tematizar a matéria, a propósito, rogam os representantes a contribuição desse *Conselho Nacional* ao perlustrá-la em seu âmago, assim como sugeriu o advogado recorrente aos colegas em seu ensaio sobre o nepotismo, para o fim de se desenvolver uma cultura peculiar a respeito, e mais consonante com o que nos regimes republicanos se convencionou denominar *bem comum*, ou *interesse público*. Bem sabem todos que o *Ministério Público* de um modo geral é destinatário de grandes esperanças da cidadania brasileira, e depositário de uma confiança irrestrita na guarda das instituições, notadamente na fiscalização da coisa pública, a tal ponto de ocupar o icônico espaço de zelador do regime democrático brasileiro, chamando para si o centro de todas as atenções em assuntos quejandos.

²⁹ Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 425.

³⁰ Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 419.

Sua posição, enfim, gera expectativas na sociedade, alimentadas sempre, e com justiça, pelo grandioso papel do qual se tornou destinatário, daí resultando também um juízo crítico permanente da parte da população, concomitante e proporcional à confiança depositada na instituição pelo constituinte. A eticidade inspiradora de sua transformação institucional, dada pelas mãos limpas da *Assembléia Nacional Constituinte de 1.986*, se lhe abençoa, cobra-lhe por outro lado a conduta irrepreensível, insuspeita, seja qual for o quadro da situação fática a ser enfrentada. Os paradoxos, as marchas e contra-marchas da história recente da moralidade pública no país – basta ver sua ascensão à condição de preceito constitucional –, tem abespinhado o ânimo do cidadão comum, que quando tem diante de si a apreciação de casos similares ao presente chega a manter – até como refém da consciência coletiva – uma desconfiança *a priori* nos membros dos órgãos superiores da instituição, mantendo sua credibilidade sob um risco permanente.

E se a crença, muitas vezes, é determinante da ciência, é preciso estabelecer diretrizes, indicar deveres mais explícitos, à luz dos quais se garanta não apenas a boa-fé intrínseca aos atos institucionais, mas também sua aparência, que longe de ser dado efêmero ou anódino, enlaça hoje suas circunstâncias como parte integrante e indescartável de sua realidade.

Nesse assunto talvez se repita aquele divórcio entre uma espécie de consciência profana do injusto, que o leigo tem, e as teorias que profissionais experientes elaboram ou aceitam, até inconscientemente, e que estão na base de práticas arcaicas, contrárias aos valores acolhidos na Constituição Federal de 1988, como ordinariamente ocorria – e, se é de convir, hoje ainda ocorre – em relação ao nepotismo, praga social herdada de um atávico coronelismo político, frente ao qual muitos capitulam, senão para afagá-lo em público, ao menos para dourá-lo como imperativo categórico da gestão pública.

Pedem licença aqui os representantes, pois, para requestar desse *Colendo Órgão* a concepção de um entendimento segundo o qual na esfera pública o que aparenta ser também o é, notadamente quando possa – mesmo quando apenas por leve suspeita – comprometer a indispensável lisura de sua constituição, à medida que a presunção de legitimidade das decisões e atos administrativos se faz presente como corolário, sendo indesejável acolitar nesga de incerteza ou sombreamento, notadamente no tocante aos seus bons motivos e finalidades.

Nestes passos, o clamor pela invalidade da decisão se faz sob juízo ineludível, e orientado pela boa razão, pois a proximidade de parte dos integrantes do colegiado anelou o decisório a uma atmosfera de desconfiança ou

incerteza capazes de enodoar o esforço institucional em prol da vitalidade e perenidade das obrigações constitucionais que hoje constituem a pedra de toque de sua fecunda existência.

O extremo rigor na avaliação do parâmetro jurídico a ser empregado deita suas raízes na preocupação de se prestigiar a máxima eficiência e a moralidade em sentido objetivo e inconcusso no tocante às deliberações em casos dessa natureza, afastando-se assim a mais mínima possibilidade de se aviarem incertezas ou inseguranças sobre elas.

Desbordamento dos Limites Legais Impostos à Decisão

“Já se disse não cabe mais à posição constitucional do Ministério Público a repetição do brocardo, até hoje muito utilizado, de tutor dos direitos fundamentais ou defensor da sociedade, em razão do amadurecimento da sociedade, da conscientização da cidadania e da organização social. O Ministério Público deve ser parceiro da sociedade, interlocutor das questões sociais, indutor de políticas públicas, defensor do respeito à legalidade, do zelo pelos serviços de relevância pública e da vida em sociedade, motivador constante da estabilidade democrática.

*Assim, a omissão institucional estará em destaque público permanente e exporá o futuro do Ministério Público, caso a instituição e seus membros não assumam, com a clareza devida, as suas mais destacadas funções constitucionais. Como não há espaço maior para crescimento estrutural, deve ocorrer a clara opção pelas funções que refletem o interesse da sociedade, em detrimento de posturas totalmente ultrapassadas e sem a mínima repercussão social.” (CLAUDIO DE BARROS, Ex- PGJ-RS, Membro do CNMP, em *Abusos e Omissões do Ministério Público*, artigo inserto na obra coletiva *Ministério Público – Reflexões Sobre Princípios e Funções Institucionais*, Ed. Atlas, pg. 213)*

A inspiradora anotação feita pelo ilustre colega e membro, na atual composição, desse Colendo Colegiado, certamente chama a atenção para o forte significado e presença social marcante do Ministério Público, encontrando-se a cidadania brasileira habituada nestas últimas duas décadas à sua vigilância em relação a violações da ordem jurídica, e, sobretudo, com seu permanente empenho no sentido de fechar portas aos desvios de dinheiro público, à corrupção, à sangria

desenfreada dos cofres públicos por setores da classe política indiferentes ao sinal dos novos tempos.

Certamente esse foi um dos aspectos considerados por ele ao abordar a questão, pois é corrente junto a sociedade a relevância da missão institucional cometida ao *parquet*, a ponto de estudiosos com títulos e reconhecimento acadêmico avultados não se pejarem de transformá-lo em objeto de seus estudos, como, por exemplo, o faz uma das mais relevantes pesquisadoras do assunto, a Profa. MARIA TEREZA SADEK, que entre suas conclusões registra a seguinte:

“As conseqüências do desempenho do Ministério Público no jogo político e na administração pública tornam-se cada vez mais visíveis, tanto para a classe política como para a sociedade. É incontestável a presença de um ator poderoso, com capacidade de interferir naquilo que se faz; no que se deixa de fazer; na maneira como se faz; e com que recurso se faz. Nessa medida, o administrador público, o servidor público, o legislador, e também setores privados têm sido constrangidos, obrigados a levar em conta a probabilidade de que um integrante do Ministério Público venha exercer a vigilância.”³¹

Cumprido reconhecer, por sinal, que o prestígio da opinião pública, o reconhecimento da classe política e o acolhimento da academia têm sido produto do comprometimento dos órgãos de execução, notadamente dos que atuam em primeiro grau, cujas atribuições fomentam a dinâmica de uma atividade influente em cada setor, com isso fazendo agigantada a expressão social da instituição no âmbito estadual e nacional.

Assim, no *front* do cotidiano institucional, são eles os órgãos mais expostos, à medida que empunham diretamente os instrumentos da atividade ministerial, procurando dar corpo à plena observância da ordem jurídica, merecendo por isso o reforço indispensável do respeito às garantias que alicerçam o livre e autônomo exercício de suas atribuições, sobretudo no plano interno.

Nesse sentido, e tomada essa concepção como forçosa idéia-matriz, há de ver que por tais motivos se instituiu nos planos legal e constitucional o *princípio da independência funcional*, que submete a estruturação da carreira à garantia de seus órgãos de execução quanto a agirem apenas sob as rédeas da própria convicção técnica, arredada nessa matéria o constrangimento de uma

³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO, texto inserto na obra coletiva, CORRUPÇÃO – ENSAIOS E CRÍTICAS, Ed. Aufing, pg. 546.

hierarquia interna nociva não somente aos seus integrantes, como também, e principalmente, aos interesses sociais de relevo.

Sob a luz dessa certeza, aliás, a pena sempre percuciente e intrépida de MARCELO PEDROSO GOULART já fez consignar:

“Esse princípio tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune tanto a pressões externas (dos agentes dos poderes de Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, pode-se afirmar que no âmbito da estrutura da instituição não existe hierarquia funcional. Também por força desse princípio consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público, no exercício de suas atribuições, só deve obediência à sua consciência e ao Direito.”³²

Inescapável, dessarte, a certificação de que tal princípio cumpre na esfera institucional o papel de pedra de toque de seu funcionamento, parametrando o modo de agir de seus órgãos de administração, seus regulamentos e procedimentos, já porque, enfim, desafiá-lo ou olvidá-lo implica o comprometimento inexorável da estrutura medular do próprio Ministério Público, podendo significar suas completa e irreversível descaracterização.

Dessa perspectiva, então, é que se deve mirar o próprio *recurso contra a instauração de inquérito civil*, previsto no art. 108, § da Lei Complementar Estadual nº 734/93, dado o fato de pesar sobre ele, pelo menos, a sombra de uma grave suspeita de atentado à dignidade funcional, uma vez que por seu intermédio se transfere, perigosamente, o eixo da atividade ministerial dos órgãos de execução para os órgãos de administração, encorpendo a hierarquia funcional ao custo de sensível depressão do primado da independência daqueles, aspecto que já levou estudiosos como **HUGO NIGRO MAZZILLI** a dizer:

“Nem o membro do Ministério Público que instaurou o inquérito civil, nem outro membro qualquer podem impedir o prosseguimento das investigações iniciadas, a não ser promovendo regularmente seu arquivamento, que deve ser submetido aos correspondentes mecanismos de controle. Órgão ministerial algum

³² PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, artigo inserto na obra coletiva MINISTÉRIO PÚBLICO – REFLEXÕES SOBRE PRINCÍPIOS E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS, ED. ATLAS, pg.174.

tem ascendência ou hierarquia funcional sobre os demais, em vista do princípio da independência funcional: no desempenho de seus atos finais, os órgãos originários de execução do Ministério Público só estão submetidos ao controle da legalidade a cargo do Judiciário.”³³

O exposto, portanto, busca ressaltar o papel decisivo do princípio da independência funcional como um dos alicerces da instituição, na tentativa de enfatizar, sobremais, seu peso determinante, senão para afastar o controle acerca da instauração - matéria neste instante ainda *sub judice* -, ao menos para margear a interpretação do permissivo legal, com definições suficientemente claras sobre os limites do órgão superior na apreciação da matéria.

À vista disso, há que ver que a sensibilidade dos estudiosos a respeito sempre os fez tributários de uma apreensão marcante em seus escritos no tocante a possibilidade de truncamento das investigações por deliberação partida de órgão distinto do encarregado de sua instauração, cingindo a possibilidade do abortamento das diligências apenas em situações de marcante excepcionalidade, e à vista de notória e incontroversa ofensa a direito, como esclarece, por exemplo, **ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ**, um dos desenvolvedores teóricos do tema referido à tutela dos interesses difusos e coletivos pelo Ministério Público, para quem:

“Embora reconhecida a natureza meramente investigatória desse procedimento administrativo, o certo é que em seu âmbito são praticados atos que, se maculados por desvio de poder ou de finalidade, poderão ferir direito de terceiros (v.g. a notificação para prestar depoimento, a requisição de informação ou documentos, a requisição de perícia em propriedade particular etc.). Isso ocorrerá, repita-se, apenas nas hipóteses de flagrante desvio de poder ou de finalidade. Imagine-se o caso de um Promotor que instaure inquérito civil (pretextando investigar um suposto dano a interesse difuso, em verdade inexistente) apenas para poder notificar um desafeto e com isso obrigá-lo a comparecer à Promotoria, ou então para poder requisitar documentos ou informações de instituição oficial ou bancária a respeito daquele mesmo desafeto...”³⁴

³³ A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM JUÍZO, ED. SARAIVA, pg. 438.

³⁴ APONTAMENTOS SOBRE O INQUÉRITO CIVIL, JUSTITIA, VOL. 157.

Esse norte interpretativo, frisa-se, decorre do fato de urgir soluções para o tema que mantenham o delicado equilíbrio entre a ausência de hierarquia interna no tocante ao exercício da atividade-fim, e a pronta necessidade de repelir abusos ou desvios de poder, mas sempre com sintonia com o cuidado recomendável quanto à obrigação constitucional de se investigar³⁵ a virtual violação aos interesses difusos e coletivos, cuja paralisação, por decorrência, somente pode vir apoiada em razões e motivações de extrema relevância.

Inolvidável, além do mais, o fato de que o inquérito civil vem cingido pelo *princípio da obrigatoriedade*³⁶, fundamento a não ser desconsiderado também na apreciação do tema sob exame, de modo a se propiciar uma intelecção da lei sistematicamente coerente e inatacável.

Frente a esses fatores, só se pode admitir a máxima restrição ao poder de reavaliar a decisão de instauração atribuído pela legislação estadual ao CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, circunscrita à presença ou não de abuso ou desvio de poder, tudo isso significando, em última análise, que seu poder correccional sobre o ato cessa, ou melhor, se ilegítima, quando venha empalmar, inadvertidamente, as atribuições do órgão de execução respectivo, para impor arbitrariamente sua visão.

A propósito, os tribunais em todo país têm registrado precedentes nesse sentido, tanto por apenas admitirem contra a instauração de inquérito civil a impetração de *mandado de segurança*, cujo cabimento se oportuniza apenas ante a peremptória existência de *direito líquido e certo*, como para fazerem crer na excepcionalidade absoluta do truncamento da atividade ministerial, apenas suportada nas remotas situações de abuso ou desvio de poder.

³⁵ PAULO BESSA ANTUNES, APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O INQUÉRITO CIVIL, artigo inserto na obra coletiva AÇÃO CIVIL PÚBLICA – 15 ANOS, ED. RT, pg. 656.

³⁶ “O inquérito civil, procedimento administrativo investigatório, a cargo do Ministério Público, é informado pelo princípio da obrigatoriedade (e não o da oportunidade e conveniência). Por força da independência funcional de que gozam os órgãos do Ministério Público, o controle da legalidade de sua instauração está afeto somente ao Poder Judiciário e não a outros órgãos, internos ou externos ao próprio Ministério Público, por mais hierarquizados que sejam.” (O INQUÉRITO CIVIL, ED. SARAIVA, pg. 294).

Nesse sentido, aliás, entendimento materializado em recentíssimo (dezembro de 2.009) acórdão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, com voto condutor da respeitadíssima *Min. Eliana Calmon*, ementado em termos seguintes:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – JUSTA CAUSA – PRESCRIÇÃO

- (1) – Somente em situações excepcionais, quando comprovada de plano a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento do inquérito civil;
- (2) – Apuração de fatos típicos (art. 9º da Lei nº 8429/92), com indícios suficientes de autoria desmentem a alegação da inviabilidade da ação de improbidade;
- (3) – Denúncia anônima pode ser investigada para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público;
- (4) – A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível, inexistindo ainda ação contra o impetrante.
- (5) - Recurso Ordinário Improvido.” (STJ – 2ª Turma – RO em MS nº 30.510-RJ, Vot. Un., em 17.12.2009)

Observados, assim, esses marcos, nota-se que o caso em testilha é revelador de que o CSMP-SP, inadvertidamente, caiu em uma armadilha técnica ao não observar os limites de suas atribuições, tendo invadido a esfera da independência funcional da colega oficiante ao dela subtrair a liberdade de aferir, em consonância com sua consciência e apuro técnico, o melhor desfecho para o procedimento preparatório, e isso – vale acrescentar – sem se localizar nas dobras do caso qualquer indício de abuso ou desvio de poder.

Há de ser lembrado que no procedimento em questão o objetivo era o de se averiguar a necessidade ou não da contratação de profissionais da advocacia pertencentes a um grande escritório da Capital, quando a municipalidade possuía meios próprios para o desate das questões contempladas pelo objeto da contratação, objetivo perfeitamente admissível, sem chance alguma de ser etiquetado como *abusivo ou teratológico*, por várias razões explicitadas pelo relator quando da sessão de julgamento, em sede de debates.

Juntou-se aos autos, a propósito, decisão da Corte de Contas de São Paulo, glosando despesas dessa natureza, frente à sua notória desnecessidade em situação análoga, tanto quanto acórdão do Colendo Tribunal de Justiça deste Estado, que por meio de sua 10ª Câmara de Direito Público, em hipótese assemelhada, reconheceu a existência de ato de improbidade quando o gestor contrata, desnecessariamente, e para tarefas comuns, bancas de advocacia, além, é claro das referências teóricas específicas que afastam da conduta da promotora natural do caso o rótulo de nefelibata.

Calha dizer, do ponto de vista desse último aspecto, que publicistas relevantes endossam a tese tomada como ponto de partida pela colega oficiante no caso, como se dá, por exemplo, com **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO** – tantas vezes citada e muitas delas mal lida – que em trabalho singular sobre a matéria anota, em juízo resumido, o seguinte:

“É evidente que dispondo o Município de corpo de Procuradores com competência específica para a cobrança de dívida ativa, a contratação de terceiros tem de ser devidamente justificada e analisada em cada caso. Os serviços rotineiros, como a cobrança de dívida ativa, não podem ser objeto de contrato de locação de serviços, já que correspondem a função permanente do Município, que dispõe também de um quadro permanente de advogados para desempenhá-la. Excepcionalmente a Administração pode defrontar-se com ação de especial complexidade, envolvendo tese jurídica inovadora, ou de considerável relevância para os cofres públicos; nesses casos, em se tratando de serviços de natureza singular, pode preferir contratar advogado de sua confiança e notoriamente especializado, valendo-se da inexigibilidade de licitação do art. 25, II, da Lei nº 8666/93.

Não se tratando de serviço singular, mas de atividade rotineira, como é o caso, em regra, da cobrança de dívida ativa, não há fundamento legal para a contratação de terceiros, quando a Administração dispõe de órgão institucionalizado com a finalidade específica de exercer a atividade.

Note-se que na maior parte dos casos, a ineficiência do órgão depende da própria inépcia da Administração Pública em equipá-lo com recursos materiais e humanos indispensáveis para a adequada prestação da atividade. Daí a Administração procurar o caminho mais fácil da terceirização que, no entanto, não encontra fundamento legal, além de, em grande parte dos casos, custar mais caro para os cofres públicos, em flagrante ofensa ao princípio da

economicidade, consagrado pelo art. 70, da Constituição Federal”³⁷.

As circunstâncias da hipótese analisada, pois, não autorizavam a atitude materializada na decisão, que estropiou o princípio do Promotor Natural sem que nelas se visse quadrar nesga de possibilidade de direito líquido e certo em prol do averiguado, cuja tessitura, não se deslembre, exige uma certeza jurídica insuperável, unânime e manifesta, que no caso, sobre ser quimérica mostrou-se também improvável.

Disso tudo se extrai, por via de consequência, que o CSMP-SP, por sua maioria, tomou-se de um certo nível de licenciosidade técnica ao fazer discricionariamente juízo integral da questão que não lhe era – e nem poderia ser – devolvida, substituindo a Promotora de Justiça Natural do caso indevidamente no exercício de seus misteres, sem que houvesse o pressuposto imprescindível a essa modalidade de desvio ou abuso de poder.

Averbe-se, aliás, que a função do Conselho Superior em situações que tais tem sabidamente caráter correccional, e assim mesmo limitada à visualização do caso apenas sob o ângulo dos excessos ou não do colega nas circunstâncias em causa, de modo a se afastar sua intervenção apenas quando notoriamente qualificável sua conduta técnica como abusiva ou desviante da finalidade a que deveria servir, sendo este, enfim, o marco de contenção no que tange às suas possibilidades.

Nessa linha de exposição e argumentação, portanto, é que se roga a esse CNMP o reconhecimento *do abuso*, ou *excesso de poder* por parte do CSMP-SP ao proceder como fez, pois desbordou dos limites impostos ao exercício de suas atribuições com afronta a postulados essenciais, como a independência funcional e o princípio do promotor natural, com o que dar-se-ia resposta efetiva à necessidade de se dar ao disposto no art. 108, § da Lei Complementar

³⁷ PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ED. ATLAS, pg. 363, no parecer ADVOCACIA PÚBLICA – LIMITES A TERCEIRIZAÇÃO.

Estadual nº 734/93 uma interpretação sistemática e obediente aos postulados gerais que informam o Ministério Público no exercício de suas atividades funcionais.

Deve-se reconhecer, conforme sabido, a intocabilidade da independência funcional dos colegas de primeiro grau, sob pena do desmonte da lógica da atuação do Ministério Público, fator este limitativo, por normal decorrência, dos poderes do órgão superior ao reapreciar a matéria.

.....

Conclusão

A matéria exposta, realmente, faz denotar que a hipótese traduziu espécie de cujo conhecimento não pode se alhear esse Colendo Conselho, haja vista se encontrar em causa debate vital à normalidade do exercício das atribuições institucionais, e – mais que isso – também sua plena legalidade democrática, pois em jogo a vitalidade dos princípios informativos da instituição, assim como da própria legitimidade da atividade administrativa, todos de conhecido e reconhecido extrato constitucional.

Não se cuida, assim, de um queixume vazado no amesquinamento pessoal ou no mero amor à contenda, mas, ao contrário, de uma providência indispensável ao saneamento de uma decisão que representou uma vulneração sem precedentes aos postulados estruturantes do Ministério Público, a partir do qual, mui certamente, valorosos colegas sentir-se-ão, malgrado em silêncio, ameaçados em seu poder de investigação, em prejuízo notório do interesse público e do bem comum, e tudo em razão de grave equívoco da maioria responsável pelo entendimento lamentavelmente esposado na situação.

À vista do exposto, postulam os representantes:

- (a) – O reconhecimento da quebra do princípio da legalidade na admissão indevida do recurso e, por conseqüência, a nulidade da decisão tomada;
- (b) - O reconhecimento de violação ao devido processo administrativo, face às circunstâncias que poderiam comprometer a isenção plena de parte dos conselheiros

- votantes, fator igualmente suficiente para a invalidação do decisório em questão; e
- (c) - A admissão de que houve no caso um desbordamento dos limites ao reexame da matéria, com prejuízo notório ao princípio da independência funcional e do promotor natural, pois se abortou averiguação legítima, no cumprimento de atribuição constitucional, sem motivo palpável para tanto.

É o que pretendem.

De São Paulo para Brasília em 27 de julho de 2.010.

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

Procurador de Justiça

IURICA TANIO OKUMURA

Procuradora de Justiça